

יישומה של דוקטרינת קבלת תשלום בתמורה (Discharge for Value)

מאת

עמית שגב, עו"ד • נטע קמר, משפטנית¹

א. מבוא

לאחרונה נדרש בית המשפט העליון בעניין **בייזמן**² לסוגייה ייחודית, שעניינה פירעון חוב של אדם לנושה (בנק) על-ידי צד ג' במסגרת הסכם מכר מקרקעין, כשללאחר התשלום התברר כי לאותו אדם שחובו נפרע (המוכר), כלל לא קיימות זכויות בנכס. השאלה שעמדה בפני הכרעתו של בית המשפט היתה זכאותו של צד ג' להשבת הכספים ששולמו לפירעון החוב מאת הבנק.

בפסק הדין בעניין **בייזמן** נבחנה דוקטרינה אשר בראייתנו ראויה להיקלט במשפט הישראלי - דוקטרינת Discharge for Value (קבלת תשלום בתמורה), אשר מקורה במשפט האנגלו-אמריקאי.

ראשית, נציג את הדוקטרינה ורכיביה תוך בחינת ההתייחסות אליה בישראל עד עניין **בייזמן**. לאחר מכן נפנה ליישומה של הדוקטרינה על נסיבות עניין **בייזמן** ולבסוף נשווה בינה לבין דוקטרינת תקנת השוק, ממנה שאב המשפט האנגלו-אמריקאי את דוקטרינת Discharge for Value, זאת לשם לימוד השיקולים העומדים בבסיסה ואשר צריכים להתוות את דרכנו בבואנו לבחון, האם דוקטרינה זו ראויה להיקלט במשפטנו.

ב. התפתחות דוקטרינת ה-Discharge for Value

דוקטרינה זו עוסקת בקבוצת מקרים בהם פירעון חוב נעשה על-ידי צד ג' ולא על-ידי בעל החוב עצמו. מקורה של הדוקטרינה במשפט האנגלי הוא בפסיקת בתי המשפט בראשית המאה ה-19, ומאוחר יותר (בראשית המאה ה-20) במשפט האמריקאי, בסעיף 14 ל-Restatement of the Law of Restitution³, כדלקמן:

1. עו"ד עמית שגב הינו שותף במשרד מיכאל שיין, תמיר ושות', עוסק בליטיגציה אזרחית ובדיני מקרקעין; גב' נטע קמר הנה מתמחה במשרד, עוסקת בתחום המסחרי-אזרחי.
2. ע"א 1445/04 **בייזמן השקעות בע"מ נ' חליה (חליבה)**, מקרקעין 2/ח 81 (2008) (להלן: "**עניין בייזמן**").
3. Restatement of the Law of Restitution § 14(1) (1937). לנוסח הסעיף בשפת המקור ראו סעיף 17 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל בעניין **בייזמן**.

"נושה של פלוני או מי שיש לו שעבוד על נכסי פלוני שקיבל מאת צד שלישי טובת הנאה לפירעון החוב או לפדיון השעבוד, אינו חב בהשבה, למרות שהפירעון או הפדיון נעשו בטעות מטעם הצד השלישי בדבר האינטרסים (הזכויות) או החובות שלו - והוא אם הנושה לא עשה שום מצג שווא ולא ידע על טעותו של הצד השלישי" (ההדגשה אינה במקור - ע.ש., נ.ק.).

כאמור, דוקטרינה זו דנה בסיטואציה בה מעורבים שלושה גורמים: מקבל התשלום (נושה), משלם (צד ג') ובעל חוב. על-פי הדוקטרינה, נושה או אדם בעל משכון על נכסו של אחר, אשר קיבל מצד ג' תמורה שנועדה לפרוע את החוב, אינו מחויב בהשבת הכספים ששולמו לפירעון החוב גם אם פירעון החוב נעשה כתוצאה מטעותו של צד ג' באשר לחובתו לביצוע התשלום, כל עוד מקבל התשלום פעל בתום לב, קרי: לא הציג מצג שווא ולא ידע אודות הטעות של צד ג'.

ראוי לציין, כי הדגש בקבוצת מקרים אלו אינו מושם על טעותו של המשלם באשר לחובתו לביצוע התשלום אלא על קיומו של חוב אמיתי. כלומר, ייתכן שהתשלום אמנם בוצע בפועל מקום שצד ג' כלל לא היה מחויב לבצעו, אך התשלום פרע חוב אמיתי ועל כן יהיה זה בלתי אפשרי לדרוש את השבתו. הסיבה לכך נעוצה בעובדה שמרגע שנפרע החוב, רכש מקבל התשלום (הנושה או בעל המשכון) את הבעלות על הכספים שקיבל (בתמורה לשמיטת החוב).⁴ ניתן אם כן לומר, כי מרגע שהכספים נועדו לפרוע חוב אמיתי והנושה נהג בתום לב, המשלם לא יהיה זכאי לדרוש השבה.

הכלל שנתגבש בפסיקה באנגליה שונה לעניין זה.⁵ בעוד המשפט האמריקאי מציב את ברירת המחדל על אי-זכאות המשלם להשבה, מעוצב הכלל במשפט האנגלי כך שהמשלם זכאי להשבה, למעט בהתקיים אחד מהסייגים שיפורטו להלן. בפרשת *Barclay's*⁶ נקבע, שאדם המשלם לאחר כתוצאה מטעות עובדתית, זכאי להשבה, אלא אם כן התקיים אחד משלושה הסייגים הבאים: הראשון, כי כוונת המשלם היתה לשלם את הסכום בכל מקרה, בין אם העובדה עליה הסתמך נכונה ובין אם מדובר בטעות; לעניין זה די בכך שניתן היה ללמוד במשתמע, כי זו היתה כוונתו. השני הינו, כי התשלום נעשה בתמורה; לצורך כך די בשמיטת החוב על מנת לקיים את יסוד התמורה מצד מקבל התשלום. שלישי ואחרון הינו, כי מקבל התשלום פעל בתום לב, ובהסתמכו על כך - שינה מצבו.

בית המשפט הוסיף מספר הערות לעניין זה. ראשית, במידה שהתשלום בוצע כחלק מחוזה בין המשלם למקבל התשלום, אזי לא תתאפשר השבה אלא אם החוזה יוכר כבטל בשל הטעות. שנית, למרות שניתן להחשיב את שמיטת החוב על-ידי מקבל התשלום כתמורה כנגד תשלום הכסף, הרי שאם הטעות נגרמה כתוצאה מפעולה של מקבל התשלום או שמקבל התשלום פעל בחוסר תום לב, אזי המשלם יהיה זכאי

4. שם, הערה (b) לדברי ההסבר ל-Restatement.

5. *Aiken v. Short*, 156 ER 1180 (1856) (להלן: "עניין Aiken").

6. *Barclay's Bank Ltd. v. Simms Son & Cooke (Southern) Ltd*, 1 Lloyd's Rep. 225, 235 (1980) (להלן: "פרשת Barclay's").

להשבה. האמור לעיל מתווסף, כמובן, להגנות הכלליות המזכות בהשבה, דוגמת תקנת הציבור.⁷

בישראל, אוזכרה הדוקטרינה במספר הזדמנויות ואף אומצה במספר פסקי דין. כך למשל, בעניין **איגוד ברייער**⁸ קובע כב' השופט ח. כהן, בהתבסס על דוקטרינת ה-Discharge for Value, כי:

"אפילו שולם לאדם כסף בטעות (עובדתית או משפטית) - אם לא קיבל אלא מה שהגיע לו כדין, ואם קיבל מה שקיבל בתום-לב, אין הוא חב בהשבה."⁹

בהמשך דבריו מדגיש כב' השופט כהן, כי טעותו של צד ג' (באותו מקרה - ראש ההוצאה לפועל) אינה מעלה ואינה מורידה, כל עוד החוב הגיע למשיבים, והם מצדם לא עשו כל מצג שווא ולא ידעו על הטעות של הצד השלישי.¹⁰

הגם שמדובר בדעת יחיד, עמדתו של כב' השופט כהן לא נסתרה על ידי שאר השופטים, ואוזכרה לאחר מכן במספר מחלוקות בעלות אופי דומה.¹¹

ההלכה, כי תשלום כספים מתוך טעות פוטר מהשבה, נקבעה עוד קודם לכן. בפסק הדין בעניין **יפת**¹² נקבע, כי קנה המידה צריך להיות מידת הרצונית של התשלום וכנות התביעה. בעניין **וואנה**¹³ נקבע בנוסף, כי אפילו רשלנות ניכרת מצד המשלם עשויה שלא לעמוד למכשול בפני זכות ההשבה.

הגם שהדוקטרינה אוזכרה אגב אורחא במספר פסקי דין בישראל במשך השנים, ואף זכתה להתייחסות אוהדת, בעיקר משיקולים של סופיות וודאות, המחייבים כי פעולות מסוימות לא יפתחו מחדש אף אם היה פגם כלשהו ברצון המשלם,¹⁴ הרי שלאחרונה נדחתה הדוקטרינה על ידי כב' השופטת ארבל, שבחנה את שאלת יישומה בעניין **בייזמן**, שם התעוררה השאלה, האם ראוי להכיר בפטור מהשבה, שעה שהזוכה קיבל תשלום בתום לב עבור חוב אמיתי.¹⁵

לשם הכרעה במחלוקת נדרשה לדוקטרינה רק כב' השופטת ארבל, כששני שופטי ההרכב האחרים (א. פרוקציה וא. לוי) העדיפו להתעלם מהדוקטרינה ולהגיע לתוצאה המשפטית אליה הגיעו על ידי בחינת תיאוריות אחרות, כגון חלוקת סיכונים, שיקולי צדק בהשבה, חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 וחוק החוזים (חלק

-
7. שם, בעמ' 236.
 8. ע"א 310/75 **איגוד ברייער להשקעות בע"מ נ' גרבורג**, פ"ד לא(2) 337 (1977) (להלן: "**עניין איגוד ברייער**").
 9. שם, בעמ' 349.
 10. שם, בעמ' 350.
 11. דניאל פרידמן **דיני עשיית עושר ולא במשפט** כרך ב 848-849 (מהדורה שנייה, 1998).
 12. ע"א 292/68 **יעקב יפת ושות' בע"מ נ' איסטוד**, פ"ד כג(1) 604 (1969) (להלן: "**עניין יפת**").
 13. ע"א 2374/97 **וואנה נ' רשות הדואר**, פ"ד נה(1) 843, 851 (1998) (להלן: "**עניין וואנה**").
 14. פרידמן, לעיל ה"ש 11.
 15. עניין **בייזמן**, לעיל ה"ש 2.

כללי), התשל"ג-1973. וזאת לא בכדי, שהרי המגמה הרווחת מזה שנים בפסיקה הישראלית - מגמה של הגמשת הכללים והענקת שיקול דעת רחב המאפשר התאמת הכללים המשפטיים לנסיבות המקרה - אינה תואמת את הדוקטרינה, אשר אינה מתחשבת במספר רב של שיקולים משפטיים שאינם ניתנים לשקלול בעת יישום של כללי בחינה ברורים וחדים.

המחיר של מגמה זו ידוע - העדר ודאות, ויתור על עיקרון הסופיות, חוסר יכולת לצפות ולהסתמך, וכנגזרת של אלה - ייקור עלויות האשראי.

ג. סקירת יסודות הדוקטרינה בראי עניין בייזמן

1. נסיבות פסק הדין

פלונית זייפה תעודת זהות של בעלי נכס מקרקעין וערכה הסכם למכירת הנכס לאדם בשם משה חליווה (להלן: "חליווה") - הכל ללא ידיעת בעליו האמיתיים של הנכס. בהתאם להסכם זה נרשמה לטובת חליווה הערת אזהרה בלשכת רישום המקרקעין. בעקבות ההסכם פנה חליווה לבנק לשם קבלת משכנתה וזו ניתנה לו, כאשר על הנכס נרשם משכון לטובת הבנק. זמן קצר לאחר מכן נערך הסכם מכר בין חליווה לבין בייזמן השקעות בע"מ (להלן: "בייזמן") למכירת זכויותיו של חליווה בנכס לבייזמן. בהתאם להסכם זה, חלק מן התמורה שולם על-ידי בייזמן ישירות לבנק, על מנת לפרוע את חובו של חליווה ולשחרר את הנכס מהמשכון. זמן מה לאחר מכן התגלתה התרמית ונודע, כי לחליווה מעולם לא היו זכויות בנכס, ולפיכך פירעון החוב על-ידי בייזמן נעשה בטעות. בעקבות זאת, דרשה בייזמן את השבת הכספים ששולמו על-ידה לבנק.

2. יישום הדוקטרינה

כב' השופטת ארבל אשר דנה ובחנה את דוקטרינת Discharge for Value היתה בדעה, כי אין לאמץ דוקטרינה זו בישראל. כב' השופטת ארבל בחרה שלא לאמץ את הדוקטרינה, בנימוק שאין בעצם קיומו של חוב אמיתי כדי להפיג את הפגם של העדר רצון שנפל בביצוע התשלום ומכאן, שאין בכך כדי להצדיק מתן פטור מהשבה,¹⁶ וזאת למרות אמירתו המפורשת של כב' השופט ח. כהן בעניין איגוד ברייער, בהתייחסו להיעדר הרצון ולמשקלו מקום בו קיים חוב אמיתי.¹⁷

לדעתנו, גם אילו היתה בוחרת כב' השופטת ארבל ליישם את הדוקטרינה, סביר להניח כי היא היתה מגיעה לתוצאה זהה, כפי שיפורט בהמשך, זאת שעה שניתוח ממצאי פסק הדין מורה כי לא מתקיימים הסייגים המצדיקים פטור מהשבה. יש להצטער על אי יישומה של הדוקטרינה, שכן אימוצה בנסיבות

16. שם, בפסקה 18 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל.

17. עניין איגוד ברייער, לעיל ה"ש 8, בעמ' 349.

המקרה והחלטה במשפט הישראלי, עשויות היו לסייע בהעלאת הוודאות המשפטית, כאשר שימוש נכון וזהיר בסייגים היה מהווה שסתום דרכו ניתן היה לווסת את המקרים המצדיקים פטור מהשבה.

על-פי הכלל שגובש במשפט האנגלי, כמפורט לעיל, הרי שלא מתקיימים בעניין **בייזמן** הסייגים המצדיקים פטור מהשבה.

סייג ראשון - כוונה לשלם: התשלום מטעם בייזמן לבנק בוצע לשם הגנה על זכויותיה, מתוך מטרה לוודא שהמוכר (חליווה) לא יוכל לעשות שימוש בכספי המכר אלא לסילוק החוב לבנק. לפיכך, התשלום בוצע ישירות לבנק וקוּזו מתוך יתרת התמורה. זוהי פרקטיקה מקובלת בעסקות מכר, שמטרתה אחת - להבטיח כי התשלום יועבר לייעודו - סילוק החלואה בגינה רובץ שעבוד על הממכר.

על-פי הסייג הראשון, זכות ההשבה לא תקום מקום בו ניתן לקבוע מבחינה עובדתית או משפטית, כי אילולא הטעות היה המשלם מבצע את התשלום. טעותה של בייזמן התייחסה לזכויות המוכר בנכס, ועל כן ניתן לומר, כי אם בייזמן היתה יודעת על טעותה, היא לא היתה משלמת את הכספים לבנק. לפיכך, לא מתקיים הסייג הראשון.

סייג שני - תמורה: על-פי הסייג השני שנקבע במשפט האנגלי, די בשמיטת החוב על מנת לקיים את יסוד התמורה מצד הבנק. יסוד זה מתבסס על ההנחה, כי הנכס הינו תשלום הכספים לפירעון החוב, והתמורה בעבור נכס זה הינה שמיטת החוב וביטול המשכון. לכן, העברת התשלום מבייזמן לבנק ומחיקת החוב מצידו של הבנק מקיימים לכאורה תנאי זה.

יחד עם זאת, יסוד התמורה אינו ברור בנסיבות העניין, שעה שהבטוחה היתה חסרת שיניים, עת מושכן נכס שאינו בבעלות הממשכן ולפיכך, מאחר שהתמורה נמדדת על פי ערכו האמיתי של הנכס ("תמורה אובייקטיבית"¹⁸), יוצא שאף הסייג השני לדוקטרינה אינו מתקיים, תוצאה אליה הגיעה אף כבי' השופטת ארבל.

סייג שלישי - תום לב ושינוי מצב לרעה: הבנק פעל לכל אורך הדרך בתום לב. אך האם שינה מצבו לרעה על ידי הסתמכותו על התשלום שהועבר אליו? לכאורה, הבנק אמנם שינה מצבו לרעה על-ידי שמיטת החוב ומחיקת המשכון - דבר המוביל להתקיימותו לכאורה של הסייג השלישי הפוטר מהשבה,¹⁹ אולם מאחר שמלכתחילה לא ניתן היה לפרוע את החוב באמצעות נקיטת הליכים כנגד הממשכן, וזאת לאור העדר זכויותיו של חליווה בנכס ובהתבסס על

18. דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות הברית, פ"ד נו' 632 (2003) (להלן: "עניין כנען").

19. יובהר לעניין זה, כי כל אחד מהסייגים עומד בפני עצמו וכי אין מדובר בסייגים מצטברים. לפיכך, די בקיומו של אחד מהסייגים על מנת לפטור מהשבה.

ממצאי פסק הדין לעניין מצבו הפיננסי של חליווה (חסר כושר פירעון), הרי שמצבו של הבנק לא הורע, שכן ממילא לא היתה כל נפקות מעשית לעצם רישום המשכון.

אנו רואים, שבנסיבות המקרה בעניין **בייזמן**, לא התקיים ולו אחד מהסייגים המזכים בפטור מהשבה, כך שגם אם נחיל את דוקטרינת ה- Discharge for Value על נסיבות המקרה, נגיע לתוצאה זהה לזו אליה הגיעה כב' השופטת ארבל בפסק דינה.

בטרם נשטח נימוקינו באשר לתמיכתנו באימוץ הדוקטרינה במשפט הישראלי, נפנה להשוואת דוקטרינת ה- Discharge for Value לדוקטרינת תקנת השוק.

ד. **בחינת יסוד התמורה: השוואת דוקטרינת ה- Discharge for Value לדוקטרינת תקנת השוק**

בדברי ההסבר לסעיף 14 ל- Restatement האמריקאי נאמר, כי דוקטרינת ה- Discharge for Value הינה מקרה פרטי של דוקטרינת תקנת השוק.²⁰ לפיכך, בחינה של השיקולים והתנאים המרכיבים את דוקטרינת תקנת השוק תוכל ללמדנו על השיקולים הצריכים לעמוד בבסיס דוקטרינת ה- Discharge for Value.

סעיף 34 לחוק המכר, התשכ"ח-1968 (להלן: "**חוק המכר**"), המעגן את תקנת השוק, קובע כי:

"נמכר נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה היתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום-לב."

ככלל, דורשת תקנת השוק התקיימותם של שישה תנאים:²¹

1. **קיומו של חוזה בין הקונה לבין מי שממנו הגיע הנכס;**
2. **הנכס מושא העסקה הינו מסוג מיטלטלין;**
3. **הנכס נקנה ממוכר העוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר;**
4. **המכירה נעשתה במהלך העסקים הרגיל;**
5. **הנכס הועבר לחזקתו של הקונה;**
6. **הקונה ביצע את הרכישה בתום לב.**

20. הערה (a) לדברי ההסבר ל- Restatement.

21. עניין **כנען**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 659-660.

בנוסף לתנאים אלה עושה סעיף 34 לחוק המכר שימוש במילים "הקונה קנה", דהיינו ישנו צורך בתנאי נוסף, הוא תנאי התמורה. מבין התנאים הללו, שני התנאים העיקריים הינם תום ליבו של הקונה והתמורה. שני תנאים אלה זהים לתנאים העיקריים של דוקטרינת Discharge for Value. השוני המרכזי בין שתי הדוקטרינות נעוץ בסיטואציות אותן הן באות לפתור. הסיטואציה בה מטפלת דוקטרינת תקנת השוק הינה כזו בה המוכר אינו הבעלים של הנכס, אך המכירה מתבצעת במהלך העסקים הרגיל והקונה עושה זאת בתום לב ובתמורה. כלומר, הצדדים ביניהם עובר הנכס הינם הרוכש תם הלב והמוכר, שבסיטואציה זו אינו בהכרח תם לב. במקרה של דוקטרינת Discharge for Value, שני הצדדים לעסקה במסגרתה מועבר הנכס (התשלום לפירעון החוב) הינם תמי לב, אולם בניגוד לתקנת השוק, שם "האחראי" לתאונה המשפטית הוא אחד מהצדדים לעסקה, הרי שבמקרה של דוקטרינת Discharge for Value "האחראי" לתאונה המשפטית נותר בלתי מעורב בעסקה עצמה (בעל החוב). האם עובדה זו כשלעצמה צריכה להשפיע על התוצאה הראויה?

נבחן איפוא את השיקולים העומדים בבסיס שתי הדוקטרינות. השיקול המרכזי במסגרת דוקטרינת תקנת השוק הינו תקינות חיי המסחר.²² במסגרת שיקול זה נביא בחשבון את עלויות העסקה לצדדים. עלויות אלו נגזרות מחלוקת הסיכונים בין הצדדים לעסקה. במידה שהסיכון לבירור זכויות הבעלות בנכס יוטל על הקונה, עלויות העסקה לקונה תהיינה גבוהות, לעיתים גבוהות יותר מערך הממכר, עד שלא ישתלם לקונה לבצע את העסקה, שכן בעסקאות מהסוג בהן חלה תקנת השוק קיימת בעייתיות רבה בבדיקת הבעלות בנכס, היות ובנכסי מיטלטלין עסקינן. לפיכך, התוצאה שתושג תהא פגיעה קשה בחיי המסחר. על כן מעדיף המשפט שלא להטיל את הסיכון על הקונה מקום בו הוא נהג בתום לב ושילם את התמורה.

שיקול נוסף הינו יצירת ודאות. חוסר ודאות מגדיל את עלויות העסקה לצדדים ועל כן מקשה על חיי מסחר תקינים. יצירת ודאות, באמצעות ניסוח כללים משפטיים ברורים, מביאה להפחתת עלויות העסקה ובכך מגשימה את העיקרון המרכזי - תקינות חיי המסחר.

כפי שהוזכר לעיל, השוני המרכזי בין הדוקטרינות מצוי במעמד המשפטי של הצדדים ביניהם עובר הנכס. בעוד שבמקרה של תקנת השוק, הנכס עובר מהאחראי לתאונה המשפטית אל הקונה הנוהג בתום לב, הרי שבמקרה של דוקטרינת Discharge for Value הנכס עובר בין שני צדדים תמי לב. כיצד נכריע, מי משני הצדדים תמי הלב יזכה בנכס? במילים אחרות, כיצד ראוי לחלק את הסיכונים בין הצדדים לעסקה? המשפט האנגלו-אמריקאי הכריע, כי הטלת הסיכון תלויה בנסיבות המקרה. יש מקרים בהם הסיכון בנוגע לעובדות מסוימות מוטל על מבצע התשלום ולכן תישלל הזכות להשבה (מקרים אלה הם הנופלים לגדרי הסייגים המוזכרים לעיל). במקרים אחרים, בהם הסיכון ביחס לעובדות מוטל על מקבל התשלום, תוכר הזכות להשבה.²³

22. שם, בעמ' 659.

23. ראו פרידמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 844.

חלוקת הסיכונים בין הצדדים לעסקה כרוכה בבדיקת ציפיות הצדדים הנוגעות לחלוקה והיקף הסיכונים שנטל על עצמו כל צד בפועל. אולם בבואנו להכריע על מי הוטל או ראוי להטיל את הסיכון, חשוב להדגיש, כי המדובר אך ורק בסיכונים הכרוכים בביצוע התשלום בין הצד השלישי לבין מקבל התשלום. אנו מסכימים עם כב' השופטת ארבל, כי בנסיבות עניין **בייזמן**, הסיכון בדבר העדר זכויותיו של חליוה בנכס אינו סיכון הנובע מהיחסים שבין הבנק לבייזמן במסגרת עסקת התשלום, שכן הבנק נטל על עצמו סיכון זה ביום בו ניתנה ההלוואה לחליוה. כך גם באשר לסיכון שנטלה בייזמן, אשר ניטל במסגרת הסכם המכר שחתמה עם חליוה ולא במסגרת יחסיה מול הבנק.

זה המקום להזכיר מספר שיקולים מרכזיים שהועלו על-ידי המלומד דויטש,²⁴ אותם יש לשקול בעת קביעת חלוקת הסיכונים הראויה.

השיקול הראשון נוגע להיות הבנק צד זר לעסקה בין הרוכש (בייזמן) למוכר (חליוה). הבנק אינו מעורב בעסקה זו ואינו אמור להיות מעורב בה. תפקידו היחידי נובע ממתן ההלוואה בעבר למוכר. קביעת נורמה המעמידה בספק את סופיות התשלום המועבר לבנק תוביל לסירוב הבנק לסילוק המשכון כנגד התשלום. זאת ועוד, הגם שתיקבע נורמה זו, הדרך לעקיפתה קצרה, שכן כל הדרוש מהבנק הינו להחתים את הרוכש (מבצע התשלום) על כתב ויתור לפיו הרוכש לא יהא זכאי להשבת הכספים במקרה של פגם ברצון בעסקה שבין הרוכש למוכר.

שיקול נוסף, הנובע אף הוא מחוסר מעורבותו של הבנק בעסקה שבין המוכר לרוכש, הינו חוסר יכולתו של הבנק להעריך אם קיים פגם ברצון אחד הצדדים בעת חתימת ההסכם.

לבסוף, בהיבט היעילות הכלכלית, ניתן להצביע על כך שעלויות הבדיקה שתידרש מהבנק לוודא את זכויות הבעלות של המוכר בעת מתן ההלוואה תגולמנה בתנאי ההלוואה, והדבר יגרור גביית פרמיות סיכון וייקור ההלוואה עצמה.

ה. לסיכום

אנו סבורים, כי אין מקום לדחייה מוחלטת של דוקטרינת Discharge for Value, כפי שעשתה כב' השופטת ארבל בעניין **בייזמן**. במאמר זה ניסינו להראות, כי החשש מפני תוצאה שאינה ראויה על-ידי החלת הדוקטרינה, אינו מוצדק, שכן הסייגים העומדים בבסיס הדוקטרינה מאפשרים בחינה דקדקנית של יסודות התמורה ותום הלב, כמו גם את שאלת שינוי מצבו לרעה של מקבל התמורה, ובכך מתאפשרת בחינת כל מקרה לגופו. יחד עם זאת, הדוקטרינה מעניקה ודאות לצדדים, במובן זה שכל צד יודע, כי בהינתן עובדות מסוימות, סביר כי התוצאה תהא השבה או פטור מהשבה. העובדה כי החלת הדוקטרינה על נסיבות המקרה היתה מביאה לתוצאה זהה לזו אליה הגיעה

24. מיגל דויטש "משכנתא מסוכנת" גלובס 10, 2.12.08-1.

כבי' השופטת ארבל, וזאת לאור אי קיומם של הסייגים הפוטרים מהשבה, מחזקת מסקנה זו. אימוץ הדוקטרינה במשפט הישראלי מלווה ביתרונות ברורים, כגון יצירת ודאות משפטית, הבטחת תוצאות אחידות וכן יעילות כלכלית בדרך של הערכת סיכונים מוקדמת, ויש להניח, כי יישומה הנכון יביא להוזלת עלויות העסקה לכל הנוגעים בדבר.

החלת הדוקטרינה, לרבות שסתומי ההגנה שנקבעו במסגרתה, תמנע יצירת אפקט הפוך מהמצופה, לפיו בנקים יתגוננו מפני תוצאה אפשרית של השבה, ואפילו השבה חלקית, בדרך של סירוב לקבל כספים מצד ג' (שאינו הלווה המקורי), ייקור התעריפים כתנאי מוקדם למתן הלוואה והקשחת התנאים למתן הלוואות בכלל - השלכות שהן בהחלט אפשריות לאור התוצאה שהתקבלה בסופו של יום בעניין **בייזמן**, המקנה לרוכש זכות להשבה חלקית מהבנק.

מעבר לעובדה שאנו שותפים לעמדתו של פרופ' דויטש, כי את הלכת **בייזמן** יש לראות כמוגבלת למצבים בהם זכויות המוכר ביחס לנכס לא היו תקפות,²⁵ יש להניח כי מוסדות פיננסיים העוסקים במתן הלוואות ידעו לתרגם את תוצאות פסק הדין במהרה להוראות ביצוע פנימיות שיופצו בקרב עובדיהם ובכך להימנע מנטילת סיכונים מיותרים, וזאת, למשל, בדרך של שלילת אפשרות לסילוק חוב על ידי צד ג' (כך יידרשו צדדים לעסקאות ליצור פתרונות חדשים לסוגיית סילוק חוב הרובץ על נכס שנמכר, אשר כרוכים בהכרח בעלויות נוספות), החתמת הרוכש (צד ג') על כתב ויתור לפיו לא יבוא בדרישות לבנק במקרה של ביטול עסקה (מה שיעמיד את הרוכש בפני בעיה, שכן לא ניתן לצפות מראש כיצד תסתיים העסקה - האם תושלם או תבוטל מסיבות כאלה ואחרות, וכן לאור העובדה כי תשלום לסילוק ההלוואה של המוכר משולם על ידי רוכש בדרך כלל כתשלום ראשון בעסקה או לכל המאוחר כתשלום ביניים, שעה שטרם ניתן לדעת בוודאות מה יעלה בגורל העסקה). יש להניח, כי העוסקים במלאכת עסקאות דלא נידי, ידעו לאתר פתרונות יצירתיים, אך יש בכך סרבול ועלויות לצדדים. בנוסף, סביר כי מוכר שיהא מעוניין כי בכל זאת הלוואתו תיפרע על ידי צד ג', יחויב לשאת בפרמיית סיכון הנגרמת למוסד הפיננסי בראי תוצאות הלכת **בייזמן**.

יש לקוות, כי בית המשפט ימצא את העת לבחון פעם נוספת את דוקטרינת ה-Discharge for Value, וישקול לרווחת כל הצדדים את החלתה בישראל במקרים מתאימים, תוך יישום הסייגים והמגבלות שנקבעו בשאלת הפטור מהשבה במקרה של תשלום בטעות.